

# A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E SEUS EFEITOS

MARIA ISABEL GALLOTTI\*

1. *Introdução.* 2. *Natureza jurídica do ato inconstitucional e da sentença que pronuncia a inconstitucionalidade.* 3. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo.* 4. *Inconvenientes dos sistemas de eficácia ex tunc e ex nunc.* 5. *Efeito repristinatório.* 6. *Extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.* 7. *A eficácia da decisão que rejeita a inconstitucionalidade.* 8. *Inconstitucionalidade superveniente.*

## 1. *Introdução*

Nos países onde o controle de constitucionalidade das leis é exercido *a posteriori*, questões concernentes à natureza e aos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade são incansavelmente debatidas na doutrina e na jurisprudência.

Divergem os constitucionalistas, de fato, quanto à validade ou invalidade das relações jurídicas travadas por particulares e pelo poder público sob o império da lei julgada inconstitucional (eficácia *ex nunc* ou *ex tunc*), à extensão dos efeitos de tais decisões *erga omnes* ou *inter partes* e à possibilidade de reprecinação de normas revogadas pela lei inconstitucional, sem prejuízo de inúmeros outros temas conexos que a experiência jurídica registra.

O controle exclusivamente preventivo, cujo mais típico exemplo é o francês, afasta essas indagações, pois se verifica antes da entrada em vigor da norma inconstitucional, inserido, observa Mauro Cappelletti, “no próprio processo de formação da lei”.<sup>1</sup> Na França, o Conseil Constitutionnel, órgão de natureza política, aprecia a constitucionalidade de leis ou tratados ainda não promulgados, a requerimento de determinadas autoridades. Quando o conselho se manifesta no sentido da inconstitucionalidade, a lei não pode ser promulgada, não entra em vigor e, portanto, não gera efeitos. Se, ao invés, a lei é considerada

\* Advogada no Distrito Federal.

<sup>1</sup> Cappelletti, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre, Fabris, 1984. p. 27-9.

constitucional, o processo legislativo completa-se e a lei não mais é passível de impugnação por vício de inconstitucionalidade, devendo ser inquestionavelmente aplicada, inclusive pelo Poder Judiciário.

## 2. *Natureza jurídica do ato inconstitucional e da sentença que pronuncia a inconstitucionalidade*

As diferentes teorias que buscam precisar os efeitos da decisão que pronuncia a inconstitucionalidade começam por investigar a natureza jurídica do ato inconstitucional.

A esse respeito, evidencia-se, de logo, flagrante contraste entre o sistema de controle de constitucionalidade difuso norte-americano e o sistema concentrado austríaco, este o modelo de sistemas adotados por diversos países europeus no segundo pós-guerra.

O sistema norte-americano apóia-se na tradicional doutrina da supremacia da Constituição e da conseqüente nulidade do ato legislativo inconstitucional, defendida por Hamilton em *O federalista*<sup>2</sup> e consagrada por Marshall, em 1803, na célebre decisão do caso *Marbury versus Madison*. Naquela oportunidade assim expressou-se Marshall:

“Não há meio-termo entre estas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la.

Se é verdadeira a primeira parte do dilema, então não é lei a resolução legislativa incompatível com a Constituição: se a segunda parte é verdadeira, então as constituições escritas são absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável.

Certamente, todos quantos fabricaram constituições escritas consideraram tais instrumentos como a lei fundamental e predominante da nação e, conseqüentemente, a teoria de todo o governo, organizado por uma constituição escrita, deve ser que é nula toda a resolução legislativa com ela incompatível.”<sup>3</sup>

Em seguida, Marshall afirma que os tribunais têm o dever de, diante de um conflito entre a Constituição e uma lei ordinária, observar a primeira:

<sup>2</sup> Hamilton, Alexander et alii. *O federalista*. Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, 1959. p. 313-4.

<sup>3</sup> Lobo, Américo. *Decisões constitucionais de Marshall*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1909. p. 25.

“Enfaticamente, é a província e o dever do Poder Judiciário dizer o que é lei. Aqueles que aplicam a regra aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa regra. Se duas leis colidem uma com outra, os tribunais devem julgar acerca da eficácia de cada uma delas.

Assim, se uma lei está em oposição com a Constituição; se, aplicadas elas ambas a um caso particular, o Tribunal se veja na contingência de decidir a questão em conformidade da lei, desrespeitando a Constituição, ou consoante a Constituição, desrespeitando a lei, o Tribunal deverá determinar qual destas regras em conflito regerá o caso. Esta é a verdadeira essência do Poder Judiciário.

Se, pois, os tribunais têm por missão atender à Constituição e observá-la e se a Constituição é superior a qualquer resolução ordinária da legislatura, a Constituição, e nunca essa resolução ordinária, governará o caso a que ambas se aplicam.

Aqueles, pois, que contestam o princípio de que a Constituição deve ser tida e havida no Tribunal como lei predominante ficam reduzidos à necessidade de sustentar que os juízes e os tribunais devem fechar os olhos para a Constituição e só fitá-los na lei.”<sup>4</sup>

Tem-se, portanto, que, no sistema norte-americano, o Judiciário, ao exercer o poder de controle — atributo inerente à função de determinar o direito aplicável aos casos que lhe são submetidos — não anula, mas apenas declara uma preexistente nulidade.

O sistema austríaco foi idealizado por Hans Kelsen e implantado com a Constituição Federal da República da Áustria de 1 de outubro de 1920.

Segundo o pensamento de Kelsen, no mundo jurídico não existem atos nulos, toda norma jurídica é sempre válida, isto é, não é nula, mas pode ser anulada. Existem, todavia, diferentes graus de anulabilidade. Uma norma jurídica, em regra, é anulada com efeitos para o futuro, mas o ordenamento jurídico pode estabelecer que a anulação opere retroativamente, hipótese em que se costuma caracterizar, de forma incorreta, a norma como nula *ab initio* ou nula de pleno direito.

Quando a ordem jurídica dispõe que a lei conflitante com a Constituição é nula, necessita determinar qual é a autoridade competente para verificar a presença dos pressupostos da nulidade. Essa apreciação tem caráter constitutivo, pois sem ela a lei não pode ser considerada nula.

Em *Teoría general del derecho y del Estado*, Kelsen expõe com clareza seu ponto de vista:

<sup>4</sup> Lobo, Américo. op. cit. p. 26.



“La decisión formulada por la autoridad competente en el sentido de que la regla que se presenta a si misma como norma es nula *ab initio*, por llenar las condiciones de nulidad establecidas por el orden jurídico, es un acto constitutivo y produce un efecto jurídico definido. Sin ese acto, y antes de él, el fenómeno en cuestión no puede ser considerado como ‘nulo’. Consecuentemente, la decisión no es ‘declarativa’, es decir, no es, a pesar de la forma en que se presenta, una declaración de nulidad. Trátase de una verdadera anulación, de una anulación con fuerza retroactiva. Debe haber algo jurídicamente existente, a lo cual tal decisión se refiere. En consecuencia, el fenómeno en cuestión no puede ser algo nulo *ab initio*, una nada jurídica. Tendrá que ser considerado como una norma anulada con fuerza retroactiva por la decisión que la declara nula *ab initio*. Así como todo aquello que tocaba el rey Midas se convertía en oro, todo aquello a lo cual el derecho se refiere se convierte en derecho, es decir, en algo que tiene existencia jurídica”.<sup>5</sup>

No sistema austríaco, o órgão que detém a competência privativa para decretar a inconstitucionalidade de um ato legislativo é a Corte Constitucional. Esta não declara uma nulidade, mas anula uma norma que, enquanto o pronunciamento da corte não for publicado, é válida e eficaz, apesar de inconstitucional.

Originalmente, o controle de constitucionalidade era desempenhado pela corte apenas em via principal ou direta, por provocação de autoridades políticas para tanto legitimadas.

Em 1929, introduziu-se na Áustria a possibilidade do controle incidental, a requerimento da Corte Administrativa e da Corte Suprema, quando esses tribunais julgassem oportuno obter o pronunciamento da Corte Constitucional sobre a constitucionalidade de ato legislativo de que dependesse a solução de litígio *sub judice*. Nessas hipóteses, o curso do processo é sobrestado à espera da decisão da corte. A reforma constitucional de 1975 estendeu essa faculdade aos Tribunais de Apelação. Aos juízes de primeira instância, todavia, ainda hoje não é lícito questionar a constitucionalidade das leis.<sup>6</sup>

Em síntese, no sistema austríaco, o ato inconstitucional é plenamente válido, devendo ser aplicado, mesmo pelo Judiciário, até o momento em que a Corte Constitucional o anule, por meio de decisão de natureza constitutiva.

No Brasil, estabeleceu-se, com a República, sistema de controle de constitucionalidade difuso, tendo por fundamento teórico a clássica doutrina de Marshall, ensinada e divulgada entre nós por Rui Barbosa.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México, 1979. p. 191.

<sup>6</sup> Favoreu, Louis et alii. *Le controle juridictionnel des lois*. Marseille, Presses Universitaires D'Aix. p. 21.



O ato inconstitucional, dizia Rui, é “nulo e írrito”.<sup>7</sup> Os Tribunais chamados a resolver um conflito de interesses simplesmente desconhecem os atos do Legislativo ou do Executivo contrários à Constituição. Esse procedimento é inerente à função judicante e em nada afeta o princípio da separação dos poderes.

Atualmente convivem, no direito brasileiro, os sistemas difuso e concentrado.

A regra geral continua sendo o controle difuso, praticado por todos os juízes e tribunais, no julgamento dos casos concretos que lhes são submetidos, cabendo o recurso de suas decisões para o Supremo Tribunal Federal (Constituição Federal, arts. 116 e 119, I, a).

O controle abstrato é concentrado no Supremo Tribunal, ao qual compete, com exclusividade, o julgamento da representação interventiva, introduzida pela Constituição de 1934, e da representação por inconstitucionalidade de ato normativo federal ou estadual, instituída pela Emenda n.º 16, de 25 de novembro de 1965.

A representação interventiva, que sofreu substancial alteração na Constituição de 1946 e na vigente, pode ser proposta pelo procurador-geral da República, para dar ensejo à intervenção federal nos estados, em caso de violação dos princípios constitucionais sensíveis e descumprimento de lei federal, ordem ou decisão judiciária (Constituição Federal, art. 11, § 1.º, c, c/c art. 10, VI e VIII).

A representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a chamada ação direta, é instrumento de controle de constitucionalidade excepcional no direito pátrio, de índole eminentemente política, donde a legitimação exclusiva do procurador-geral da República para intentá-la.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação direta, aprecia a constitucionalidade do ato normativo em tese, com abstração de qualquer litígio, ao contrário do que ocorre no controle difuso e concreto.

Em qualquer das modalidades de controle adotadas no Brasil, o entendimento mais generalizado, na doutrina e na jurisprudência, consiste em que a decisão que pronuncia a inconstitucionalidade é meramente declaratória, não obstante alguns renomados juristas, entre os quais destacam-se Pontes de Miranda e Leitão de Abreu, opinarem no sentido de ser tal sentença predominantemente constitutiva-negativa.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Barbosa, Rui. *Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo*. [Rio de Janeiro], Companhia Impressora, 1893. p. 96-101.

<sup>8</sup> Miranda, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n.º 1, de 1969*. 2.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais. t. 3, p. 619; RE n.º 79.343. Relator: Min. Leitão de Abreu. RTJ, 82:791.

Alfredo Buzaid filia-se à orientação tradicional, contestando veementemente aqueles que qualificam como constitutiva a decisão que reconhece a inconstitucionalidade:

“Apesar do brilho com que tão eminentes mestres procuraram atribuir caráter *constitutivo* à decisão que decreta a inconstitucionalidade, a nós nos parece que os seus ensinamentos não podem ser aplicados ao direito brasileiro, construído segundo condições peculiares à tradição americana, inteiramente diversa da linha de evolução do pensamento europeu. Sempre se entendeu entre nós, de conformidade com a lição dos constitucionalistas norte-americanos, que toda lei adversa à Constituição, *é absolutamente nula; não simplesmente anulável*. A eiva de inconstitucionalidade a atinge no berço, fere-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade.

(...) O que afirma, em suma, a doutrina americana e a brasileira é que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, desde o seu berço e não a adquire jamais com o decurso do tempo. Se toda a doutrina da inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição.

(...) Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são *executórias*, embora *inválidas*. Exposito observou que as leis inconstitucionais, até a proclamação da Corte, são executórias, mas não obrigatórias; têm eficácia, mas não validade. Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente *declaratória*, não predominantemente *constitutiva*. A nulidade fere-a *ab initio*. Embora executória até o pronunciamento do poder judiciário, a sentença retroage os seus efeitos até o berço da lei, valendo, pois, *ex tunc*. O poder judiciário não modifica o estado da lei, considerando nulo o que inicialmente era válido. Limita-se a declarar a invalidade da lei, isto é, declara-a natimorta”.<sup>9</sup>

No Supremo Tribunal Federal é assente a compreensão de que o ato inconstitucional é nulo, dele não se originando direitos ou obrigações.

Essa opção teórica, arraigada na jurisprudência do Supremo Tribunal, resulta evidente dos diversos acórdãos que reconhecem ao Poder Executivo, bem como a qualquer particular, a faculdade de excusar-se de cumprir lei que entenda

<sup>9</sup> Buzaid, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo. Saraiva, 1958. p. 128-32.

inconstitucional, assumindo os riscos porventura decorrentes no caso de o Poder Judiciário vir a considerar a norma impugnada compatível com a Constituição.

Vale destacar, a propósito, a decisão do Supremo Tribunal na Representação n.º 980, julgando constitucional decreto de chefe de Poder Executivo estadual que determinava que seus subordinados se abstivessem de executar dispositivos legais vetados por falta de iniciativa exclusiva do Poder Executivo.

O Ministro Moreira Alves, relator do acórdão citado, respondeu nos seguintes termos aos argumentos daqueles que pensavam não ter o Executivo o direito de negar aplicação à lei inconstitucional antes do pronunciamento do Judiciário, em respeito ao princípio da separação dos poderes:

“Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Executivo deixar de cumprir — assumindo os riscos daí decorrentes — a lei que se lhe afigura inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento à lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao chefe de um dos Poderes do Estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado?”<sup>10</sup>

Na mesma ocasião, afirmou o Ministro Soares Muñoz:

“Sr. Presidente, a lei inconstitucional não gera obrigação, não cria direito. Essa a lição de Rui Barbosa, muito conhecida, foi muito bem deduzida no voto do eminente relator.

Qualquer pessoa pode negar-se a cumprir a lei inconstitucional. Não há razão para que o governador não possa exercer esse direito, quer pessoalmente, quer através de seus subordinados, expedindo-lhes, para isto, ordens como o decreto ora inquinado de inconstitucional.”<sup>11</sup>

Conclui-se, por conseguinte, que no sistema jurídico brasileiro, em que pesem as respeitáveis opiniões em contrário, a norma inconstitucional é nula *ab initio*, não obrigando os particulares nem os demais poderes.

Ao Poder Judiciário cabe dar a palavra definitiva sobre a constitucionalidade das leis, o que não exclui o desempenho de tal controle pelas demais autoridades, no que se refere a suas atribuições respectivas.

A inconstitucionalidade não é, no direito brasileiro, uma sanção que, aplicada pelo órgão competente, transforma um ato válido em inválido, como ocorre no sistema austríaco, onde a lei inconstitucional a todos obriga — mesmo aos juízes — até a decretação de sua inconstitucionalidade pela Corte Constitucional.

<sup>10</sup> Rp n.º 980, RTJ, 96:508.

<sup>11</sup> Rp n.º 980, RTJ, 96:510.



No direito brasileiro, a inconstitucionalidade é vício intrínseco a qualquer regra contrária à Constituição, dele decorrendo a invalidade, *ab initio*, da norma viciada.

### 3. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo

A acirrada polêmica com relação à natureza jurídica do ato inconstitucional reflete-se na dicotomia de concepções acerca da eficácia, *ex tunc* ou *ex nunc*, da decisão que reconhece a inconstitucionalidade.

O sistema de controle difuso norte-americano — construído a partir do princípio da supremacia da Constituição e da nulidade absoluta do ato que contra a mesma atende — tem por regra a doutrina da eficácia *ex tunc*.

A declaração de inconstitucionalidade de lei, nesse sistema, tem seus efeitos operando para o passado, de forma a alcançar todos os atos com base nela praticados. Todo ato — público ou privado — que se tenha fundado na lei declarada inconstitucional (e, portanto, nula e ineficaz) está destituído de fundamento legal.

O sistema austríaco, ao revés, tem o ato inconstitucional como válido e eficaz até o dia em que é publicada a decisão da Corte Constitucional que decreta a inconstitucionalidade. Esta pronúncia tem, como visto, natureza constitutiva e seus efeitos operam *ex nunc*, ou seja, apenas para o futuro. Por essa razão, os atos praticados com fulcro na norma posteriormente julgada inconstitucional são válidos.

Digno de nota é o poder discricionário, conferido à Corte Constitucional austríaca, de dispor que a lei por ela julgada inconstitucional permaneça eficaz durante o período máximo de um ano, a partir da data em que for publicada a sentença de inconstitucionalidade. Esse prazo dá ensejo ao Poder Legislativo para editar nova lei, conforme a Constituição, substituindo a anulada, a fim de evitar um possível vácuo legislativo.

Solução intermediária foi preferida na Itália e na Alemanha, que, no segundo pós-guerra, instituíram sistemas de controle de constitucionalidade concentrados, a exemplo do austríaco, mas com características do sistema norte-americano, notadamente no que se refere aos efeitos do pronunciamento de inconstitucionalidade.”<sup>12</sup>

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal julga a constitucionalidade das leis, em via principal, por provocação das autoridades competentes (gover-

<sup>12</sup> Cappelletti, Mauro. Op. cit. p. 119; Delfino, Felice. *La dichiarazione di illegittimità costituzionale delle leggi e degli atti*. Napoli, Eugenio Jovene, 1970; Ritterspach, Theo. *Legge sul Tribunale Costituzionale della Repubblica Federal de Germania*. Firenze, Cedeur, 1982.

nos federal e estaduais, um terço do Parlamento Federal) e de pessoas lesadas em direitos fundamentais, quando esgotadas as demais vias legais (recurso de constitucionalidade) e, em via incidental, por provocação de qualquer juiz ou tribunal que entenda ser inconstitucional lei decisiva para a solução de litígio perante ele pendente.

Na Itália, a Corte Constitucional exerce o controle de constitucionalidade, em via principal, por iniciativa do governo central ou das Juntas Regionais e, em via incidental, através de requerimento dos juízes ou tribunais que tiverem dúvidas sobre a constitucionalidade de normas aplicáveis à lide *sub judice*.

Os sistemas italiano e alemão diferem, todavia, do austríaco, porque admitem, como regra, a retroatividade dos efeitos da decisão que decreta a inconstitucionalidade, assim como ocorre no sistema norte-americano.

Na Itália e na Alemanha a norma inconstitucional é nula *ab initio*, mas essa nulidade só pode ser decretada pela Corte Constitucional, em pronunciamento que opera *ex tunc*.

O direito brasileiro, fiel à clássica doutrina norte-americana da nulidade do ato inconstitucional, consagra a teoria da eficácia retroativa da decisão que declara a inconstitucionalidade.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica a respeito do tema. Em seu voto na Representação n.º 933, o Ministro Xavier de Albuquerque assim se manifestou:

“As normas serão tidas por inconstitucionais, com o que não haverão constituído direitos de nenhuma espécie com base nelas. Se atos administrativo houverem sido praticados, poderão ser desfeitos, porque fundados em lei declarada inconstitucional.”<sup>13</sup>

No mesmo sentido decidiu o STF ao julgar Resumo Extraordinário n.º 35.370: O Recurso do Mandado de Segurança n.º 17.976 e os embargos no Recurso Extraordinário n.º 60.733.”<sup>14</sup>

Da mesma forma, reconhece o STF o efeito *ex tunc* de tais decisões, ao não considerar prejudicadas representações por inconstitucionalidade de atos legislativos que foram revogados antes do julgamento. O STF conhece da representação tendo em vista, precisamente, a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que atinge todos os atos jurídicos praticados sob a proteção da lei inválida.”<sup>15</sup> No caso, entretanto, de a lei ser revogada antes da propositura da representação, esta não é conhecida por falta de objeto.”<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Rp. n.º 933, RTJ, 76:346.

<sup>14</sup> RE n.º 35.370, RTJ, 19:127; RMS n.º 17.976, RTJ, 55:744; ERE n.º 60.733, RTJ, 41:638.

<sup>15</sup> Rp. n.º 971, RTJ, 87:759; Rp. 930, RTJ, 89:367; Rp. n.º 1.005, RTJ, 98:542; Rp. n.º 922, RTJ, 97:11.

<sup>16</sup> Rp. n.º 1.120, RTJ, 107:928; Rp. n.º 1.110, RTJ, 105:477.

Tal orientação encerra, *data venia*, uma contradição, como deixa entrever o Ministro Moreira Alves, em seu voto vencido na Representação n.º 971, no qual sustentou ser a representação um instrumento excepcional, que não deve ser utilizado para que se alcancem os possíveis efeitos produzidos pela norma então em vigor. Estes efeitos são de ordem pessoal e devem ser atacados diretamente por ação própria. Salientou o eminente Ministro, na ocasião, que “se entendermos que é possível julgar a ação pelo fato de a revogação só ter ocorrido no curso da ação, vamos ter que admitir que o procurador-geral da República represente contra lei já revogada mas que, porventura, tenha produzido efeitos.”<sup>17</sup>

Recentemente, o Supremo Tribunal, examinando questão de ordem suscitada na Representação n.º 1.391, pelo Estado do Ceará, decidiu que a eficácia da liminar que suspende a vigência de lei argüída de inconstitucional é tão-somente *ex nunc*, operando, portanto, a partir do momento em que deferida.<sup>18</sup>

Ficou vencido o relator, Ministro Célio Borja, que atribuíu à medida cautelar eficácia *ex tunc*, por entender que sua concessão “antecipa os efeitos da futura declaração de uma inconstitucionalidade aparente ao primeiro exame”.

Observou, ainda, o Ministro Célio Borja que “se, atento à natureza provisória da medida liminarmente concedida, e às cominações em que poderia afinal incorrer se não declarada afinal a inconstitucionalidade argüída, não desejar o estado do Ceará exigir dos beneficiários reposição do que houveram do Erário estadual, com fundamento na mencionada Lei, poderá deixar de fazê-lo, pois, disso, é o seu governo o juiz da oportunidade e conveniência”.

Prevaleceu, contudo, a tese de que a liminar tem efeito apenas a partir de sua concessão, pois, como acentuou o Ministro Moreira Alves, não se cuida ainda da declaração de inconstitucionalidade da lei, mas simplesmente de uma providência para evitar que a norma, a partir da cautelar, produza efeitos negativos para o Tesouro, tendo em vista o interesse público. Em verdade, “não se trata de suspensão equivalente à do Senado, que é a suspensão em decorrência de declaração de inconstitucionalidade, e, portanto, definitiva, razão por que a expressão mais apropriada seria a de retirada de vigência”.

É oportuno notar que esse acórdão não conduz à conclusão de que o Supremo Tribunal haja determinado o cumprimento da lei argüída de inconstitucional, com relação aos fatos ocorridos antes da concessão da liminar (no caso concreto, o pagamento dos benefícios impugnados pelo Estado, vencidos nos meses anteriores à data da cautelar). Isso importaria alteração da firme jurisprudência já mencionada, que faculta ao Executivo deixar de aplicar lei que repete

<sup>17</sup> Rp. n.º 971, RTJ, 87:759.

<sup>18</sup> Rp. n.º 1.391, DJ, 11 dez. 1987.



inconstitucional, assumindo os riscos inerentes a essa conduta. O Supremo Tribunal limitou-se a afirmar que a suspensão liminar da lei argüida de inconstitucional opera *ex nunc*. Dessa forma, se o Estado porventura pretender pagar os benefícios instituídos pela lei, referentes aos meses posteriores à liminar, ele não poderá fazê-lo, pois a execução da mesma está provisoriamente suspensa. Se, ao contrário, o Estado não pagar as vantagens questionadas, vencidas em data anterior à concessão da cautelar, ele estará agindo por sua conta e risco, e não por força e sob o amparo da liminar deferida pelo STF.

#### 4. Inconvenientes dos sistemas de eficácia *ex tunc* e *ex nunc*

Mauro Cappelletti, em precioso estudo sobre o controle judicial de constitucionalidade das leis,<sup>19</sup> observa, com muita propriedade, que exigências de ordem prática levaram à atenuação do rigor teórico da doutrina da eficácia *ex nunc* na Áustria e *ex tunc* nos Estados Unidos, na Alemanha e na Itália.

Na Áustria, com a revisão constitucional de 1929, foi introduzido o controle de constitucionalidade em via incidental. Surgiu, então, o problema de como conciliar essa modalidade de controle com a doutrina da eficácia *ex nunc*.

Com efeito, as pretensões deduzidas dos processos submetidos à apreciação dos tribunais dizem respeito a fatos jurídicos ocorridos no passado, como contrato e atos ilícitos. Estes fatos dão origem a direitos e deveres, porque assim dispôs uma norma eficaz no momento em que aconteceram, vale dizer, em fase anterior à judicial. Supondo-se fosse decretada a inconstitucionalidade dessa norma pela Corte Constitucional austriaca, os efeitos de tal pronunciamento operariam *ex nunc*, ou seja, apenas a partir de sua publicação. Todos os atos praticados com base na mencionada norma antes da decisão da corte permaneceriam válidos. Como resultado, teríamos, portanto, a absurda consequência de que a decisão que acolhesse a inconstitucionalidade não poderia ter qualquer eficácia exatamente com relação aos casos concretos no curso dos quais tenha surgido o incidente.

A fim de evitar essa inaceitável consequência, a revisão de 1929 abriu uma exceção à regra da eficácia *ex nunc* que fora adotada em 1920, admitindo a retroatividade dos efeitos da decretação da inconstitucionalidade limitada-mente ao caso concreto que ensejou o incidente (Constituição da Áustria, art. 140, 7).

Na prática, contudo, assinala Cappelletti, esse sistema pode gerar uma grave disparidade de tratamento dos cidadãos, posto que beneficia apenas as partes

<sup>19</sup> Cappelletti, Mauro. op. cit. p. 120-4.

do processo que deu origem à questão de inconstitucionalidade, não tendo qualquer efeito com relação aos eventuais casos análogos pendentes, que serão decididos com fundamento na norma já declarada inconstitucional.

O inverso ocorre nos países que aderem à doutrina da eficácia *ex tunc*. Nestes, a retroação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se levada a extremos, pode dar margem a sérias injustiças, bem como a perigosa insegurança nas relações jurídicas, econômicas e sociais.

Figure-se, como exemplo, a situação de uma viúva que tenha recebido, durante anos, uma pensão com base em lei posteriormente declarada inconstitucional, ou de um funcionário que tenha sido nomeado para cargo criado por lei muito tempo depois julgada inconstitucional. Como resolver esses casos em que uma norma jurídica foi pacificamente aplicada por um longo período e depois declarada inconstitucional? De acordo com a doutrina tradicional essa decisão teria o efeito de tornar inválidos todos os atos públicos e privados que se fundaram na lei considerada ineficaz. Seria justo, e mais ainda, viável, pretender-se que a viúva devolvesse o valor correspondente a todos os anos de pensão recebida, de que todos os atos praticados por esse funcionário em nome da administração fossem julgados inválidos, bem como fosse o mesmo obrigado a restituir os salários a que fez jus pelo seu trabalho?

A realidade é que, como pondera Lúcio Bittencourt, “os efeitos de fato que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”.<sup>20</sup> E, invocando Willoughby, “conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa-fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz”.<sup>21</sup>

Essa posição é sustentada pelo Ministro Leitão de Abreu, em seu voto no Recurso Extraordinário n.º 79.343, oportunidade em que declarou:

“A tutela da boa-fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato, e fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.”<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Bittencourt, C. A. L. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro, Forense, 1949. p. 148.

<sup>21</sup> Apud Bittencourt, C. A. L. op. cit. p. 148.

<sup>22</sup> RE n.º 79.343, RTJ, 82:791.

A jurisprudência norte-americana tem procurado solver as inúmeras questões que lhe são presentes, inspirada por critérios pragmáticos e flexíveis que, se não observam uma lógica impecável, atendem ao superior interesse de conjugar a justiça nos casos concretos com um mínimo de certeza e estabilidade das relações jurídicas.

Assim, em matéria penal, é pacífico o entendimento de que ninguém pode ser obrigado a cumprir uma pena imposta com fundamento em lei julgada inconstitucional, mesmo que a sentença condenatória tenha transitado em julgado. Mas, no campo do direito civil, muitas vezes ressalvam-se certas situações consolidadas, que não seriam atingidas pelo efeito *ex tunc* da decisão, notadamente a coisa julgada.

Os critérios plasmados no decorrer de quase dois séculos de história do controle de constitucionalidade norte-americano foram, em linhas gerais, incorporados aos sistemas jurídicos alemão, italiano e português, por expressa disposição legal ou constitucional.

A Lei do Tribunal Constitucional da Alemanha, no § 79, prevê, como ressalva ao princípio da retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o respeito à coisa julgada, deixando, todavia, ao legislador a prerrogativa de dispor de forma diversa em casos particulares.

No que toca à sentença penal transitada em julgado, a lei alemã expressamente abre uma exceção, admitindo sua revisão, nos termos do código de processo penal, quando a condenação é lastreada em norma posteriormente julgada inconstitucional (§ 79, 1). Este dispositivo não se aplica em caso de declaração de inconstitucionalidade de lei processual ou relativa à organização judiciária, segundo anota o constitucionalista alemão Theo Ritterspach.<sup>23</sup>

A execução de sentença fundamentada em lei declarada inconstitucional é, em todas as circunstâncias, expressamente vedada no citado dispositivo da lei do Tribunal Constitucional alemão.

A Constituição portuguesa trata dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no art. 282, instituindo, como regra geral, a eficácia *ex tunc*. Estabelece, contudo, como limite à retroatividade, a coisa julgada, que prevalece não obstante a declaração de inconstitucionalidade.

Gomes Canotilho, comentando o referido artigo, sugere que não é certo que a Constituição portuguesa tenha considerado, como limite à eficácia *ex tunc*, apenas o caso julgado em sentido estrito. Admite o constitucionalista português que é possível entender que as situações consolidadas — como o direito atingido por prescrição ou caducidade e as relações jurídicas extintas

<sup>23</sup> Ritterspach, Theo. op. cit. p. 124.



pelo cumprimento da obrigação — estejam também imunes aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.<sup>24</sup>

Jorge Miranda não compartilha essa opinião, afirmando ser um tanto duvidoso que o chamado, em direito administrativo, caso decidido (ato administrativo não mais impugnável), bem como os efeitos civis já produzidos pelo implemento de obrigações, não possa ser afetado pelo reconhecimento da inconstitucionalidade.<sup>25</sup>

Cuidando-se de inconstitucionalidade de norma penal ou disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social, a Constituição portuguesa dá poder ao Tribunal Constitucional para autorizar a revisão das sentenças transitadas em julgado, quando esse procedimento favorecer o punido.

A Constituição portuguesa contém, ainda, dispositivo bastante original que, se não prima pela coerência lógica, busca solucionar as dificuldades de ordem prática que a adoção de doutrina da eficácia *ex tunc* pode gerar. De acordo com o item 4 do art. 282, o Tribunal Constitucional tem a faculdade de restringir a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, quando assim o exigirem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público relevante.

Registram Gomes Canotilho e Vital Moreira que o citado preceito da Constituição portuguesa, destinado a aplicação em casos excepcionais, está virando regra, tamanha a frequência com que o Tribunal Constitucional o invoca.<sup>26</sup> Esse fato indica o completo desvirtuamento, na prática, do sistema da eficácia *ex tunc* que se pretendeu instituir em Portugal.

O ordenamento jurídico brasileiro atribui à coisa julgada proteção constitucional. O instituto não configura, em nosso direito, ressalva específica à retroatividade da declaração de inconstitucionalidade. Ele abrange todo tipo de erro de direito ou de fato, tornando a regra e conduta concretizada na sentença insuscetível de alteração, após o decurso do prazo de decadência da ação rescisória.

Por essa razão, decidiu o Supremo Tribunal, em acórdão da lavra do Ministro Amaral Santos que “a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança.”<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1986. p. 816.

<sup>25</sup> Miranda, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra Editora, 1983. p. 388.

<sup>26</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes & Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra Editora, 1985. v. 2, p. 545-6.

<sup>27</sup> AMS n.º 17.976, *RTJ*, 55:744.

Admite a jurisprudência de nossa Suprema Corte certos temperamentos à eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, a serem apurados prudencialmente em cada caso concreto, como, por exemplo, a validade de atos de funcionários de fato investidos em função pública por lei inconstitucional.<sup>28</sup>

## 5. Efeito repristinatório

Questão de suma importância referente aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade reside na ocorrência ou não de repristinação das normas legais revogadas pela lei julgada inconstitucional.

Lógica elementar conduz à conclusão de que, nos ordenamentos jurídicos onde o ato inconstitucional é tido como absolutamente nulo e, portanto, ineficaz, a revogação que ele pretendeu operar também não foi eficaz. A declaração de inconstitucionalidade implica, por conseguinte, a restauração da vigência das normas revogadas.

O inverso deveria acontecer nos países que adotam o sistema da eficácia *ex nunc*: como o ato inconstitucional é válido até o momento em que publicada a decretação da inconstitucionalidade, a consequência deveria ser o reconhecimento da validade da revogação.

O problema não é, todavia, tão simples.

No sistema austríaco, onde a eficácia da decisão é, por excelência, *ex nunc*, a regra geral é a repristinação, a menos que o Tribunal Constitucional disponha de forma diversa (Constituição austríaca, art. 140, 6).

No direito alemão, adepto da doutrina da eficácia *ex tunc*, não há efeito repristinatório automático. Anota Ritterspach, a esse respeito, que só o legislador poderá suprir a lacuna deixada pela declaração de inconstitucionalidade:

*“L'inefficacia ex tunc di una legge é soltanto in senso fittizio, in quanto la legge há avuto valore formale, è stata applicada dalle autorità e dai tribunali ed ha prodotto effetti nell'ordinamento giuridico, fino alla dichiarazione di nullità, tale inefficacia porta con sé tutta una serie di questioni teoriche dai profili incerti di difficoltà pratiche riguardo al trattamento delle fattispecie sorte nel periodo tra la pubblicazione ed il verdetto di nullità della legge; soltanto in parte il § 79 ha risolto tale situazione. Se una legge dichiarata nulla ha abrogato norme precedenti, queste non riprendono automaticamente vigore con la nullità ex tunc; solo il legislatore puo colmare la lacuna esistente (E 32, 1/37 s./).”*<sup>29</sup>

<sup>28</sup> RE n.º 78.594, RTJ, 71:572.

<sup>29</sup> Ritterspach, Theo. op. cit. p. 121.

Em nosso regime, leciona Lúcio Bittencourt, “se a lei deve ser considerada como ineficaz para todos os efeitos, é claro que também há de ser inoperante quanto à revogação dos textos legais cujo lugar, se fosse válida, teria passado a preencher. O assunto, porém, há de ser convenientemente examinado em cada caso concreto, podendo-se, excepcionalmente, chegar a solução diversa.”<sup>30</sup>

Discutiu-se no Supremo Tribunal a possibilidade de conhecimento da inconstitucionalidade de normas eventualmente repristinadas, em ação direta na qual foi argüida a inconstitucionalidade da norma revogadora (Representação n.º 1.313, aguardando publicação de acórdão).

Essa questão é suscitada por Gomes Canotilho e Vital Moreira, em nota ao art. 282 da Constituição portuguesa, ensejo em que opõem, a essa possibilidade, o princípio da limitação do Tribunal Constitucional ao pedido, mas aduzem, em prol da mesma, “o caráter consequencial” da apreciação da inconstitucionalidade das normas repristinadas. Advertem, outrossim, os constitucionalistas lusitanos, para o risco de um alargamento *ad aeternum* do pedido, com a necessidade de enfrentar a repristinação de normas que, por sua vez, tenham revogado as outras.<sup>31</sup>

No julgamento de representação mencionada (Rp. n.º 1.313), limitou-se o Supremo Tribunal a declarar a inconstitucionalidade da lei revogadora, atento ao princípio da limitação do pedido, não obstante a norma revogada fosse de teor substancialmente idêntico ao da que lhe ocupou o lugar.

Nota-se, por fim, que não existe efeito repristinatório quando a inconstitucionalidade é aferida em face de Constituição posterior à edição da lei. Esta foi editada em conformidade com a ordem jurídica vigente na época e, por essa razão, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade só operam a partir da entrada em vigor da nova Constituição.

## 6. Extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

Outra diferença marcante existente entre os sistemas de controle de constitucionalidade estudados é a referente à extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Nos países que adotam o regime concentrado, como Áustria, Alemanha e Itália, a pronúncia da inconstitucionalidade tem caráter geral, na medida em que a lei se torna ineficaz para todos e não apenas para as partes. A eficácia *erga omnes* é da índole do sistema concentrado e abstrato.

A lei do Tribunal Constitucional alemão expressamente confere força de lei à declaração de inconstitucionalidade proferida quer no controle por via direta,

<sup>30</sup> Bittencourt, C. A. L. op. cit. p. 147.

<sup>31</sup> Canotilho, José Joaquim Gomes & Vital. op. cit. p. 542.



quer no controle incidental, determinando que a mesma seja publicada no *Boletim Federal das Leis* (§ 31). A decisão faz coisa julgada e goza de eficácia vinculante em relação a todos os órgãos e autoridades legislativas, executivas e judiciárias.

Equipara Ritterspach o efeito da declaração de nulidade de uma lei pelo tribunal alemão ao efeito que teria sua obrigação pelo legislador no que toca à eliminação da norma do ordenamento jurídico:

“La sentenza in sè non è pero legge; essa non pone norme ma decide sulla esistenza di altre norme. Non può quindi essa stessa, come una legge, essere nuovamente impugnata in un nuovo processo davanti al BVerfG. Solo una sentenza che dichiarasse nulla una legge elimina la legge dall'ordinamento giuridico: ha cioè lo stesso effetto che otterrebbe il legislatore con la abrogazione; il BVerfG opera in questo caso come un 'legislatore negativo’.”<sup>32</sup>

De forma oposta, nos países onde o controle de constitucionalidade é difuso e concreto, a eficácia da sentença que reconhece a inconstitucionalidade é restrita às partes.

Nesses países, os tribunais não “revogam” os atos dos demais poderes. Como ensinou Rui Barbosa, eles “só revogam sentenças de tribunais. O que eles fazem aos atos inconstitucionais de outros poderes é coisa tecnicamente diversa. Não os revogam; desconhecem-nos. Deixam-nos subsistir no corpo das leis, ou dos atos do Executivo; mas a cada indivíduo, por eles agravado, que vem requerer contra eles proteção ou reparação, que demanda a manutenção do direito ameaçado, ou a restituição de um direito extorquido, a cada litigante que usa, com esse fim, do meio judicial, os magistrados, em homenagem à lei, violada pelo governo, ou à Constituição, violada pelo Congresso, têm obrigação de ouvir, e deferir.”<sup>33</sup>

A declaração de inconstitucionalidade nos Estados Unidos, quando proferida pela Suprema Corte, tem, entretanto, eficácia geral, em função do princípio do *stare decisis*, característico do sistema jurídico *common law*.

A vinculação aos precedentes nos Estados Unidos faz com que todos os juízes deixem de aplicar a lei que a Suprema Corte declarou inconstitucional o que motivou Allen Smith a qualificar a pronúncia da inconstitucionalidade como um veto judicial.<sup>34</sup>

No direito brasileiro, a extensão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade deve ser examinada, separadamente, no sistema difuso e concreto e no concentrado e abstrato, que coexistem em nossa ordem jurídica.

<sup>32</sup> Ritterspach, Theo. op. cit. p. 94.

<sup>33</sup> Barbosa, Rui. op. cit. p. 97.

<sup>34</sup> Apud Buzaid, Alfredo. op. cit. p. 82-3.

O reconhecimento da inconstitucionalidade como prejudicial, no julgamento de litígio pendente perante o judiciário, tem eficácia interpartes, restrita, pois, ao caso concreto.

No Brasil, não tem aplicação a regra do *stare decisis*. Os juízes decidem de acordo com sua livre convicção, não estando vinculados à jurisprudência das instâncias superiores, nem em matéria de inconstitucionalidade. A sentença somente tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (Código de Processo Civil, art. 468).

Criou a Constituição brasileira de 1934 a fórmula presente no art. 42, VII, da Lei Magna atual, que empresta, à declaração de inconstitucionalidade incidental por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, efeito *erga omnes*. Tal eficácia ampla é obtida com o concurso do Senado Federal, encarregado de suspender a execução do ato inconstitucional.

Antes da suspensão de sua execução, a lei pode ser aplicada pelos juízes e tribunais que a considerem, a despeito da decisão do STF, constitucional. Não é impossível que o próprio Supremo Tribunal, revendo sua orientação, no julgamento de outro caso concreto, reconheça a validade da norma.

Suspensa, contudo, a execução da lei, a pronúncia da inconstitucionalidade torna-se definitiva e assume caráter geral. Ressalta Buzaid que, nem mesmo o Supremo Tribunal tem, então, a possibilidade de variar de jurisprudência, pois “se o fizer, põe em vigor lei suspensa, e, portanto, destituída de força executória”.<sup>35</sup>

Por outro lado, quando a inconstitucionalidade é apreciada em abstrato pelo Supremo Tribunal, no âmbito da representação interventiva ou da representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, não se faz necessária a suspensão da execução da norma pelo Senado Federal para que a decisão tenha eficácia *erga omnes*.

Os procedimentos a serem adotados nesses casos, tendo em vista a natureza e os efeitos da decisão, foram fixados pelos pareceres dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, membros de sua Comissão de Regimento,<sup>36</sup> e atualmente estão disciplinados nos arts. 169 a 178 do Regimento Interno do Tribunal.

Em se tratando de declaração de inconstitucionalidade verificada no âmbito da representação interventiva (Constituição Federal, art. 10, VI e VII), a decisão deve ser comunicada imediatamente à autoridade interessada e, após o trânsito em julgado, ao presidente da República, para que este suspenda a execução do ato impugnado e, se esta medida não for suficiente, decrete a intervenção federal no estado de que proveio o ato (Constituição Federal, art. 11, § 1.º, c, e § 2.º).

<sup>35</sup> Buzaid, Alfredo. op. cit. p. 90.

<sup>36</sup> DJ, 16 maio 1977. fls. 3.123 e 3.224.



Cuidando-se de declaração de inconstitucionalidade em tese, com fulcro no art. 119, I, I, da Constituição, a decisão do Supremo Tribunal é plenamente eficaz, determinando, por si só, a nulidade do ato declarado inconstitucional com efeitos *erga omnes*, independentemente de suspensão da execução da lei ou ato normativo pelo Senado Federal.

Essa compreensão, pacífica na jurisprudência e no regimento do Supremo Tribunal, não foi endossada no projeto de Constituição apresentado pela Comissão de Sistematização da Assembléia Constituinte, atualmente reunida, o qual prevê a comunicação ao Senado das decisões que declarem a inconstitucionalidade de lei em tese.

Com a devida vênia, não parece assistir razão aos que propugnam pela mudança da orientação esposada por nossa Suprema Corte.

De fato, como já assinalado anteriormente, a eficácia *erga omnes* decorre da própria natureza do sistema de controle de constitucionalidade concentrado e abstrato.

O Supremo Tribunal Federal, quando conhece de uma representação por inconstitucionalidade de lei em tese, julga a validade da própria lei, e, por esse motivo, a decisão, que a considera inválida fulmina a lei em si, havendo, em consequência, de afetar todas as relações jurídicas regidas por aquela norma.

É o que acontece em todos os países que adotam o controle de constitucionalidade concentrado, podendo-se citar a Áustria, a Alemanha e a Itália, cujas Cortes Constitucionais julgam a constitucionalidade das leis em tese, proferindo decisões de eficácia *erga omnes*.

Recusar a tais decisões eficácia *erga omnes* implica negar-lhes qualquer efeito prático, uma vez que elas não visam à composição de um conflito de interesses, como ocorre no sistema difuso, não tendo, portanto, qualquer outra finalidade que não seja destruir a aparência de validade de norma inconstitucional, obstando, conseqüentemente, sua aplicação por todos.

Conclui-se, por conseguinte, que essa opção do projeto da Comissão de Sistematização, além de teoricamente incoerente com o controle de constitucionalidade em abstrato, retira à decisão do Supremo Tribunal Federal, na representação em tese, toda a eficácia, no caso de o Senado Federal não suspender a execução do ato normativo, hipótese em que pronunciamento da Corte teria caráter meramente consultivo.

## 7. A eficácia da decisão que rejeita a inconstitucionalidade

Problema que ocupa os constitucionalistas estrangeiros, mas que não foi suficientemente estudado na doutrina nacional, é o concernente aos efeitos da sentença que rejeita a arguição de inconstitucionalidade.



Juristas portugueses de renome, como Jorge Miranda e Gomes Canotilho, negam qualquer relevância à decisão que não acolhe a inconstitucionalidade no processo de fiscalização direta e abstrata. Quando se cuida de controle incidental, a eficácia da rejeição limita-se ao caso concreto, nada impedindo que, em outro processo, o Tribunal Constitucional venha a julgar a mesma lei inválida.<sup>37</sup>

Justifica Jorge Miranda seu pensamento com as seguintes considerações:

“É isto que decorre do objetivo de garantia a que se destina a fiscalização. Só esta concepção é compatível com a defesa da Constituição; só ela impede que tais sentenças venham como que a adquirir força constitucional, por não mais poderem ser reformadas; só ela assegura plena liberdade de julgamento do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais; só ela obsta a fraude à Constituição que seria qualquer órgão ou entidade com poder de iniciativa requerer a apreciação de certa norma para, uma vez obtida uma decisão de não-inconstitucionalidade, impedir que noutro momento, em qualquer tribunal ou no próprio Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, essa norma viesse a ser argüída.”<sup>38</sup>

O direito alemão adotou expressamente a solução inversa. O § 31, 2, da Lei do Tribunal Constitucional, confere força de lei à decisão que declara uma norma compatível com a Lei Fundamental, devendo a mesma ser publicada no *Boletim Federal das Leis*.

A sentença limita-se a confirmar a força vinculante que a lei já possuía e tem como resultado prático a exclusão de ulteriores impugnações da norma, sob o fundamento de inconstitucionalidade.<sup>39</sup>

Anota Ritterspach que a eficácia vinculante de tais decisões é sujeita a um certo limite temporal. Se um juiz convencer-se de que as condições concretas existentes no momento da sentença do tribunal alteraram-se substancialmente, de forma que a lei considerada válida tornou-se incompatível com a Constituição, poderá requerer um novo exame da norma, tendo o Tribunal Constitucional liberdade para admitir o reenvio ou não.<sup>40</sup>

No Brasil, o art. 116 da Constituição determina que “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (art. 144, V) poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

<sup>37</sup> Miranda, Jorge. op. cit. p. 383-5; Canotilho, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 806-7 e 820-1.

<sup>38</sup> Miranda, Jorge. op. cit. p. 383.

<sup>39</sup> Ritterspach, Theo. op. cit. p. 94.

<sup>40</sup> Id. ibid. p. 96.

Não se refere a Constituição brasileira à declaração de constitucionalidade do ato normativo, tal como o faz a lei do Tribunal Constitucional alemão.

O regimento interno do Supremo Tribunal, todavia, dispõe que “efetuado o julgamento, com o quorum do art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou ato impugnado, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis ministros”.

O procurador da República Gilmar Ferreira Mendes, em recente tese sobre o controle de constitucionalidade das leis, comentando o referido artigo, observou, com acerto, que o Supremo Tribunal “não se limita a declarar a inconstitucionalidade da lei, manifestando-se, igualmente, de forma qualificada, sobre a constitucionalidade do ato normativo impugnado.”<sup>41</sup>

Conclui, entretanto, que não se pode depreender desse dispositivo que a declaração de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal seja inalterável.

O contrário, lembrando a já citada lição de Jorge Miranda, implicaria atribuir-se, a essas decisões, força constitucional.

## 8. Inconstitucionalidade superveniente

Diz-se superveniente a inconstitucionalidade quando uma lei, perfeitamente compatível com a Constituição vigente à época de sua edição, entra em confronto com ordem constitucional posterior.

Não há acordo na doutrina quanto à natureza desse tipo de conflito de normas e ao procedimento a ser adotado para solucioná-lo.

Diversos constitucionalistas sustentam que, na hipótese, não há inconstitucionalidade, mas simples revogação, decorrente do princípio geral de que a lei posterior derroga a anterior com ela incompatível.

Castro Nunes não compartilha essa opinião, por entender não ter pertinência com a espécie a teoria da ab-rogação das leis:

“A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma deve continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade. Mas tem

<sup>41</sup> Mendes, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade das leis — aspectos jurídicos e políticos*. Brasília, 1987. p. 281.

uma designação peculiar a esse desnível de normas, chama-se *declaração de inconstitucionalidade*.”<sup>42</sup>

Lúcio Bittencourt admite a ocorrência da revogação, mas assinala que esta é efeito da declaração de inconstitucionalidade, não se tratando, pois, de revogação pura e simples como a que se verifica em virtude do conflito intertemporal de leis da mesma hierarquia:

“A inconstitucionalidade é um estado — estado de conflito entre a lei e a Constituição — e a revogação é o efeito desse estado. O tribunal declara a inconstitucionalidade e, em consequência desta, reconhece a revogação da lei.”<sup>43</sup>

Seguindo essa linha de raciocínio, conclui Lúcio Bittencourt que a declaração de inconstitucionalidade de lei, em face de Constituição que lhe é posterior, deve obedecer às normas gerais que regem a matéria, a saber, necessidade do voto da maioria absoluta dos membros do tribunal e suspensão da execução da lei pelo Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal, a princípio, endossava essa posição, compreendendo que o tratamento de uma lei elaborada em desacordo com a Constituição e o de uma norma incompatível com o novo regime constitucional são um problema substancialmente idêntico e devem receber o mesmo desate.<sup>44</sup>

Atualmente, contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal orienta-se no sentido de que a lei, constitucional em sua origem, mas conflitante com Constituição superveniente, não merece ser havida por inconstitucional, mas simplesmente como revogada.

A lei revogada por Constituição, não sendo inconstitucional, não pode constituir objeto de ação direta de inconstitucionalidade. A representação do Procurador-Geral da República nessa hipótese não é sequer conhecida.<sup>45</sup>

O reconhecimento da revogação de ato normativo por Constituição está sujeito, por conseguinte, no direito brasileiro, à mesma disciplina que a verificação da revogação do ato por norma de igual nível hierárquico: prescinde da maioria absoluta dos membros do tribunal, bem como da suspensão de sua execução pelo Senado (Constituição Federal arts. 116 e 42, VII).

Nos países onde o controle de constitucionalidade é concentrado, o tema está relacionado com os limites da competência da Corte Constitucional.

Na Alemanha, por exemplo, os juízes não podem julgar a constitucionalidade das leis — matéria monopolizada pelo Tribunal Constitucional — mas apreciam a revogação de atos legislativos por Constituição superveniente.

<sup>42</sup> Nunes, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 1943. p. 603.

<sup>43</sup> Bittencourt, C. A. L. op. cit. p. 132.

<sup>44</sup> MS n.º 767, RTJ, 179:977.

<sup>45</sup> Rp. n.º 969, RTJ, 99:544; Rp. n.º 1.016, RTJ, 95:993; Rp. n.º 1.012, RTJ, 92:485.



O tribunal alemão examina a compatibilidade das leis antigas com a nova Constituição, por meio do recurso de constitucionalidade, cabível das decisões dos tribunais de jurisdição ordinária, e do controle abstrato.<sup>46</sup>

Na Itália, ao revés, o contraste entre lei e Constituição posterior é tido como inconstitucionalidade, e não como simples revogação. Por essa razão, esse tipo de conflito é verificado com exclusividade pela Corte Constitucional.

<sup>46</sup> Ritterspach, Theo. op. cit. p. 58-9.